

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CAMILO FERNANDO MARTINS

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO PERDÃO, DISPOSTO NO ART. 105 DO  
CÓDIGO PENAL

FLORIANÓPOLIS

2013

**CAMILO FERNANDO MARTINS**

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO PERDÃO, DISPOSTO NO ART. 105 DO  
CÓDIGO PENAL**

Monografia submetida ao Curso de Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina como  
requisito para obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da  
Rosa

**FLORIANÓPOLIS**

**2013**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

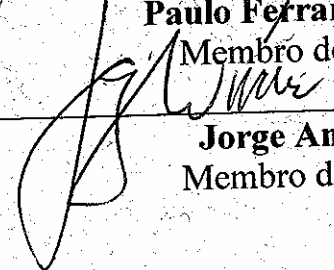
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A mediação como um instrumento do perdão, disposto no art. 105 do Código Penal, em face ao princípio da intervenção mínima.**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Camilo Fernando Martins**, defendida em **19/11/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9 ( NOVE ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 19 de Novembro de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Moraes da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Paulo Ferrareze Filho**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Jorge Andrade**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha mãe, Jussara Machado dos Santos, que sempre me deu o incentivo e suporte necessário para que eu pudesse realizar os meus projetos e sonhos.

Agradeço a minha irmã, Karem Katharine Martins, que sempre me apoiou quando eu estava prestes a baixar a cabeça diante de algumas dificuldades da vida.

Agradeço ao meu grande amigo Carlos Martins da Silva, que com seu apoio, deu forças a conclusão deste trabalho.

Agradeço ao Professor Alexandre Moraes da Rosa, o qual além de professor e orientador, foi parceiro e amigo.

Por fim, agradeço a todos os amigos de faculdade pelos momentos de descontração em sala de aula e pela amizade nos momentos que mais precisei.

A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.

(Arthur Schopenhauer)

## RESUMO

Nos últimos anos, a doutrina crítica jurídica tem apontado uma crise de legitimação do sistema penal em face da crescente complexidade das relações sociais contemporâneas. Constata-se que existe uma insatisfação popular ao referido sistema que, não tem conseguido cumprir seu papel de ordem reguladora e pacificadora da sociedade, exigindo que este se torne um sistema mais humanizado. Nesse sentido, se faz uma releitura do art. 105 do Código Penal, dispositivo que estabelece o perdão do ofendido nos crimes procedentes mediante queixa, que obsta ao prosseguimento da ação. Assim, percebe-se que o referido dispositivo legal tem como o escopo evitar a dessocialização do indivíduo quando o perdão for concedido, realizando a função social de evitar a segregação social do ofensor. Por isso, não cabe qualificar o perdão como uma medida ressocializadora, visto que todos os agentes que possuem condições de serem beneficiados com a aplicação do perdão do ofendido, não precisam ser ressocializados. Afinal, a intenção desse instituto é afastar o agente do delito da prisão e promover o entendimento entre as partes. Partindo dessa premissa, fica claro enxergar o espaço que o art. 105 abre para a justiça restaurativa por um dos seus instrumentos mais eficazes, qual seja a mediação penal. Com isso, o presente estudo monográfico propõe-se a apresentar os benefícios e a eficácia deste instituto, tendo a sua aplicabilidade concedida pelo dispositivo legal em comento. Explorar-se-á ainda, a forma como se daria a mediação dentro do processo criminal e todo o seu procedimento.

**Palavras-chave:** Perdão do Ofendido. Mediação penal. Justiça Restaurativa. Meios alternativos. Conflito.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1</b>	<b>A resolução de conflito sem o judiciário.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Conciliação .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3</b>	<b>Arbitragem.....</b>	<b>15</b>
<b>2.4</b>	<b>Mediação .....</b>	<b>17</b>
<b>3</b>	<b>SISTEMA PENAL E (IR)RACIONALIDADE DA RESPOSTA .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1</b>	<b>Anacrônia da pena.....</b>	<b>24</b>
<b>3.2</b>	<b>Participação da vítima no processo e nos efeitos da pena.....</b>	<b>28</b>
<b>3.3</b>	<b>Direito penal mínimo e Marc Ancel.....</b>	<b>31</b>
<b>4</b>	<b>JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL.....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>Mediação penal .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2</b>	<b>Abertura do art. 105 do código penal para implementação da mediação penal.....</b>	<b>40</b>
<b>4.3</b>	<b>Procedimento possível.....</b>	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>45</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta produção científica tem como escopo a utilização do instituto da mediação penal, como um instrumento do perdão, adequando-o de acordo com a realidade jurídica brasileira, no que tange a questão da crise do sistema penitenciário brasileiro. Os parâmetros para a determinação desta adequação serão: a conformidade com o texto legislativo constitucional e infraconstitucional; coerência com a interpretação teleológica dos dispositivos abordados; e a eficácia para a resolução das questões exegéticas acerca do tema.

O crescimento do Estado moderno, com sua inevitável tendência ao intervencionismo, tem-no levado a um inchaço exagerado, inelutavelmente acompanhado de ineficiência crônica. Disso não se salva o Poder Judiciário, cada vez mais pesado em suas estruturas e menos eficaz em seu desempenho. Com isso, as instituições que formam o sistema penal não conseguem acompanhar os avanços da sociedade, e, muito menos, suprir seus anseios, tornando-se um sistema penal deficiente e insatisfatório.

Daí decorre a atualidade e a utilidade do tema abordado nesta monografia, vez que esta aborda um instrumento que favorece a humanização do sistema penal, fazendo com que o conflito entre vítima e ofensor, possa ser resolvido de forma mais racional e humana.

Com o presente estudo, busca-se evidenciar a possibilidade de aplicação da mediação penal, como um instrumento do perdão, disposto no art. 105 do CP.

Destaca-se, desde já, que tal pesquisa vai ao encontro das novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias do direito brasileiro, demonstrando, uma vez mais, que a mediação penal não é algo utópico, mas sim uma alternativa válida e que já vem sendo empregada para mudar a lógica punitiva do sistema penal.

É se orientando por este raciocínio que o presente estudo se consistirá. No primeiro capítulo será feita breve exposição acerca dos principais meios alternativos de resolução de conflito, bem como a conceituação e natureza dos mesmos. O capítulo seguinte tratará da irracionalidade do sistema penal, mediante sua ineficácia e seus efeitos entre as partes. Por derradeiro, no último capítulo, examinar-se-á a admissibilidade da mediação penal, por meio do art. 105 do CP, enfatizando a busca pela justiça restaurativa.



## 2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para que se possa garantir a sociabilidade, entre os indivíduos que compõe uma coletividade, se faz necessário que ali impere a harmonia. Uma sociedade harmônica, não implica na ausência de conflitos, mas sim na forma com que eles são resolvidos. Os conflitos são inerentes à vida em sociedade, cabendo aos seus distintos integrantes buscar de forma pacífica, e respeitando cada quais suas liberdades perante a coletividade, a melhor forma de solucioná-los. Calmon (2007, p. 19) explica que:

Cada um renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico original e aparecem os primeiros limites da liberdade da ação. Surge, então a necessidade de coerção, para assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Acordo, então, criar o Estado.

Mediante as particularidades de cada indivíduo, gerando divergências de interesses em relação a valores, recursos ou oposição nos limites de suas liberdades, temos o surgimento de um conflito. Neste contexto, o poder judiciário se coloca a disposição das partes conflitantes, oferecendo uma solução para o litígio, que será vinculada por meio de uma decisão judicial.

No entanto, o poder judiciário não é a única solução que aparece diante da compleição de um conflito, existindo também outras formas, alternativas a esta, que procuram dirimir a celeuma de forma amigável. Neste mesmo diapasão, Cezar-Ferreira (2011, p. 127) aduz que “As práticas que procuram uma resolução para conflitos, de forma não adversarial, estão em alta, sobretudo dentro de uma perspectiva que compreende os conflitantes estão como indivíduos, de um lado, e, de outro, como um todo em intenção”.

Salienta-se que a Constituição Federal, por meio do seu art. 5º, XXXV, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A norma que se colhe, do mencionado dispositivo, é de que a Constituição assegura o direito de acesso ao Poder Judiciário, não obrigando, porém, as pessoas a ingressarem em juízo, para resolver suas divergências. Percebe-se no preâmbulo da nossa Lei maior, a intenção pela busca de solução pacífica de controvérsias, ressaltada também em seu art. 4º, VII: “A República Federativa do

Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – soluções pacíficas dos conflitos” (BRASIL,1988).

Atenta-se que vem crescendo o interesse da sociedade, em relação aos meios alternativos de resolução de conflito. Com isso, Sampaio e Braga Neto (2007, p.8) advertem que há:

[...] uma tendência liberal em todo mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca inspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as conseqüentes dificuldades entre elas na gestão e na resolução de conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

Ressalta-se que o crescimento do Estado moderno, com sua inevitável tendência ao intervencionismo, tem-no levado a um inchaço exagerado, inelutavelmente acompanhado de ineficiência crônica. Disso não se salva o Poder Judiciário, cada vez mais pesado em suas estruturas e menos ágil em seu desempenho. Calmon (2007, p. 3) esclarece:

Queixa-se da ausência de justiça ou a morosidade, bem como da ineficiência de suas decisões. Resolver esses problemas é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha a servir de panaceia para males tão fortemente enraizados.

Sampaio e Braga (2007, p.9) anotam:

[...] as fórmulas tradicionais de resolução de controvérsias não satisfazem mais os usuários do sistema, cada vez mais envolvidos em conflitos de distintas naturezas e formas, dada a complexidade das numerosas inter-relações existentes nos tempos atuais.

Por estas razões, verifica-se o surgimento de diversas alternativas de resolução de conflitos de forma amigável, que cada vez mais ganham notoriedade perante a sociedade, sendo que no Brasil, as formas mais conhecidas são a conciliação, a arbitragem e a mediação.

## 2.1 A resolução de conflito sem o judiciário

Entende-se que a jurisdição, conforme esclarece Silva (1994, p. 16), “consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei”.

Porém, observa-se que em culturas mais antigas, o direito tinha origem religiosa e não estatal. A interpretação da norma era de competência sacerdotal, que se embasavam em preceitos dogmáticos, a fim de regular a conduta dos homens tementes a Deus.

Contudo, não se pode qualificar como jurisdição, essa última forma de se “fazer direito”. Tavares (1998) ensina que,

A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos, e passando a ser um poder mais acentuado de controle social.

Utilizava-se da defesa priva, visto que o Estado não tinha condições de fornecer mecanismos para a resolução de problemas individuais de seus integrantes. Destarte, ficaria impossível que o Estado impedisse que um indivíduo, por meio da força, impusesse a sua vontade para a solução de um conflito.

Ressalta-se que, a partir da tripartição de poderes, apresentada por Montesquieu, é que o Poder Judiciário passou a açambarcar o exercício da Jurisdição, aproximando-se do que se constata nos dias atuais. (TAVARES, 1998)

De acordo com o que foi comentado alhures, começa-se a entender o que é e como funciona a jurisdição. A exclusividade do Estado em poder “dizer o direito”, tornando o Poder Judiciário o órgão tradicionalmente destinado a resolver os conflitos, não quer dizer que por deste mesmo órgão não seja possível chegar à resolução de um litígio por meio da mediação ou qualquer outro método de composição. Pondera-se que o próprio Estado, por meio de algumas leis, bem como Projetos de Mediação Familiar, por exemplo, buscam alternativas para solucionar problemas jurídicos.

Mendonça (2004, p. 92) ressalta que:

“A jurisdição estatal é o meio institucional mais utilizado na contemporaneidade para se buscar a resolução de conflitos. O poder Judiciário busca cumprir um dos pressupostos do Estado Moderno, a paz social. A doutrina reinante, como Cintra, Grinover e Dinamarco, vem dizer que “o Estado moderno exercer o seu poder para a solução de conflitos interindividuais”.

Ressalta-se que os meios alternativos de resolução de conflito, estão previstos pelo Estado. Por tanto, não podem ser entendidos como métodos paraestatais ou contrários às regras do Poder Judiciário.

Conquanto, com o aumento expressivo de ações judiciais, o Poder Judiciário encontra nas técnicas alternativas um auxílio, para atender todas estas demandas.

O direito ao acesso à justiça, não pode ser compreendido somente pela ideia do cidadão poder acionar o Poder Judiciário, em face de um conflito. Mas de ter este conflito dirimido, em tempo satisfatório, sem que o indivíduo torne-se refém da morosidade burocrática.

Pode-se resumir, então, que o direito ao acesso à justiça, também abarca o direito de sair dela.

Neste mesmo diapasão, surge o estudo sobre os meios alternativos para a resolução dos conflitos, de forma a evitar a morosidade e o formalismo do moderno sistema judiciário.

Nota-se que vem aumentando a frequência do uso das técnicas alternativas de resolução de conflitos pela população, que anteriormente só via no judiciário, a solução para os seus litígios.

Isso está ocorrendo devido ao fato dos meios alternativos de resolução de conflito utilizarem técnicas distintas daquelas empregadas pelo órgão estatal. Existe uma superficialidade, por parte do Poder Judiciário, em tratar a conflitualidade social, fazendo com que as partes voltem ao Judiciário para resolver a próxima etapa processual.

O litígio tem perdido espaço para as práticas não adversariais de resolução de conflitos, aplicando-se uma justiça coexistencial, que utiliza métodos cooperativos. (GARCEZ, 2004)

Atribui-se, também, a expansão dos métodos alternativos de resolução de conflito a crise administrativa instalada no judiciário. Com os referidos métodos, busca-se a resolução prévia dos conflitos, que sendo dirimidos, auxiliarão no “enxugamento” do judiciário.

Da mesma forma que a população entende o direito de acesso ao Poder Judiciário, enquanto órgão provedor da justiça, cumpre ao Estado entender as necessidades da sociedade de forma a permitir a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, dando força a ideia do Pluralismo Jurídico.

Para Reale, o Direito, tal como a sociedade pluralista, deveria se desenvolver segundo experiências múltiplas e abertas, sem a necessidade de sujeição às leis do Estado. (REALE, 1984)

Não apenas o Estado é que faz surgir o direito, mas também a sociedade é capaz de ser fonte de novos direitos, desde que nos limites oferecidos pelo poder estatal. A cultura jurídica brasileira baseia-se numa tradição monista, positivista, lógico-formal, que está em crise, pois há novos problemas e não existem novas soluções.

Em sentido pluralista, o acesso à justiça não fica limitado ao judiciário, permitindo que sejam aceitos os equivalentes jurisdicionais como meios de solução efetiva dos conflitos sociais.

Salienta-se que o pluralismo jurídico não significa deslegitimar o Poder Judiciário, ou diminuir-lhe o poder, mas tão somente, fornecer-lhe formas aliadas de resolução de litígios que, devido ao dinamismo da nossa sociedade, o judiciário não consegue suportar sozinho.

A mediação, a conciliação, a arbitragem e os demais equivalentes jurisdicionais, são fundamentais para se ter uma nova visão do acesso pleno à Justiça que, conforme já foi dito, não deve se resumir ao simples acesso ao Poder Judiciário.

Assim, o Estado deve, além de permitir, incentivar a utilização dos meios alternativos de resolução de conflito, na busca por uma solução rápida, menos conflituosa e eficaz, em relação às celeumas apresentadas pelos indivíduos de uma sociedade.

Desta forma, nos tópicos a seguir, serão trazidos alguns dos métodos alternativos de resolução de conflitos mais utilizados, ou seja, a conciliação, a arbitragem e a mediação.

## 2.1 Conciliação

A conciliação busca a solução imediata para um determinado litígio, por meio de uma participação mais ativa, podendo sugerir, propor, dando até solução para a pendência, que se aceita pelas partes põe fim à disputa.

Sobre a conciliação judicial, Cachapuz (2006, p. 18) explica:

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.

Cabe destacar que a rapidez é uma das características da conciliação, pois não requer o conhecimento da inter-relação das partes em conflito, já que ele inexistente. As partes precisam apenas de um terceiro para ajudá-la a referir sobre qual seria a melhor solução para a controvérsia e se valeria a pena enfrentar a outra parte de forma litigiosa (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p. 19):

Uma vez que o terceiro não tem vínculos com nenhuma das partes, poderá atuar com mais liberdade e fazê-lo refletir sobre as sugestões apresentadas, que nunca são impositivas ou vinculadas. Nesse sentido, o objetivo maior da conciliação é a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial. Em outras palavras, a conciliação visa ao acordo tão-somente para pôr fim à demanda, pois as partes se conscientizam de que o acordo evitaria futuros problemas entre elas.

Existe ainda, pela a maioria das pessoas, uma grande confusão entre os institutos da conciliação e da mediação, em algumas ocasiões, ainda considerados sinônimos.

Grunspun (2000, p.34) diferencia:

Ambos são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizam terceiros imparciais. Na conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções. Na conciliação o terceiro, imparcial, pode usar de seus conhecimentos profissionais, nas opiniões que emite. O juiz sabe que foi o acordo possível e homologa o acordo pretendido, mas nas propostas e no direcionamento do acordo, o poder, autoridade e o domínio aparecem e por isso se mantêm entre as partes separadas mais ressentimento e ideias de vingança e novos conflitos judiciais voltam às cortes. Na mediação, o terceiro, imparcial, não opina,

não sugere nem decide pelas partes. O mediador está proibido por seu código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados como os advogados ou psicólogos, por exemplo, para influir na decisão. A mediação, além do acordo, visa à melhora das relações entre os pais separados e a comunicação em benefício dos filhos.

Ressalta-se, então, uma atuação mais ativa do mediador na conciliação, que, utilizando-se de seus conhecimentos profissionais, pode dar sugestões e opiniões visando à resolução do conflito. Já na mediação, a figura do terceiro imparcial, se diferencia por uma atuação mais comedida, impedido de usar seus conhecimentos profissionais para influir a decisão, além de visar à melhoria da comunicação e da relação entre as partes.

A seguir, outro meio alternativo de conflito, a arbitragem.

### 2.3 Arbitragem

A arbitragem é outro meio alternativo para a resolução de conflitos, que há décadas é utilizada em diversos países desenvolvidos, sendo regulamentada no Brasil somente nos anos 90, com o anteprojeto de n. 78, aprovado no dia 23 de setembro de 1996, tornou-se a Lei n. 9.307/96, mais conhecida como Lei Marcos Maciel.

Constituída por quarenta e quatro artigos, vem sendo reconhecida como o método mais eficiente de resolução de conflitos, contribuindo para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Utilizada como um sucedâneo ao poder judiciário, manifesta-se por intermédio da composição entre partes, na escolha de um terceiro imparcial, qual seja, o árbitro, a quem confiam à missão de resolver seus litígios.

Salienta-se da arbitragem, a cláusula compromissória, a qual submete a solução dos conflitos ao juízo arbitral, conforme preceitua o art. 4º, da Lei n. 9.307/96, “[...] é a convenção por meio da qual as partes em contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (BRASIL, 1996).

Em relação a esta matéria, Santos (2004, p. 45) leciona:

Na celebração de um contrato, as partes podem ter a intenção de subtrair ao Poder judiciário e entregar, ao árbitro, o poder de resolver os eventuais e futuros litígios oriundos de uma relação jurídica contratual. A esse tipo de cláusula, que estabelece a competência do árbitro quando ao mérito de conflitos ainda não sugeridos, atribui-se o nome de cláusulas compromissórias, também designada por Magalhães e Baptista como ‘*pactum* de onse na criação de um julgador não comprometendo’.

Neste mesmo diapasão, leciona Roque (1997, p. 11) a respeito da definição de arbitragem:

É um sistema de solução pacífica de controvérsias nacionais e internacionais, rápida e discreta, quer de direito público quer de privado. Consiste na criação de um julgador não pertencente a jurisdição normal, escolhido pelas partes conflitantes, para dirimir divergências entre elas. É a escolha pelas partes de um juiz não togado, ou de um tribunal não constituído por magistrados, mas de advogados avulsos ou pessoas consideradas como capazes de conhecer e decidir uma questão preste a ser submetida à justiça.

Concluindo a análise doutrinária em relação à definição de arbitragem, Cretella Jr. (1988 apud VALÉRIO, 2004, P.25) aduz:

O sistema especial de julgamento, com procedimentos técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel para resolver a pendência, anuindo os litigantes a aceitar a decisão.

O poder da escolha do árbitro, assim como, os fundamentos jurídicos em que este irá fundamentar suas decisões, são prerrogativas que a arbitragem confere as partes, conforme preceitua o art. 2º, da Lei n. 9.307/96:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
 § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.  
 § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Neste contexto, segundo Valério (2004), além das particularidades já citadas, deve-se realçar que a arbitragem é um instrumento *sui generis*, possui natureza contratual e jurisdicional, devendo existir um conflito atual ou potencial de interesses, que terá um sistema de julgamento especial, cuja decisão é obrigatória tendo a sentença força executória e vinculante.

Nesse sentido, procurou-se analisar de maneira singular as principais questões abordadas sobre o instituto jurídico da arbitragem, tendo por base sua definição, bem como suas características essenciais e específicas como forma diversa de resolução de conflitos.

A seguir o objeto principal do presente estudo: a mediação.



## 2.4 Mediação

A palavra mediação vem do latim *mediare*, que significa dividir ao meio, repartir em duas partes, sendo que a existência de seu instituto remonta os idos de 300 a.C nas cidades-Estados da Grécia, Egito, Kheta, Assíria e Babilônia (Cachapuz, 2006).

A mediação é um meio alternativo de resolução de controvérsias, que vem sendo difundida no Brasil e no mundo pelos diversos benefícios oferecidos que visam, principalmente, atingir a satisfação dos interessados e as necessidades dos envolvidos nos conflitos.

Segundo a doutrina de Cachapuz (2006, p. 29):

A mediação no Brasil alicerça seus fundamentos básicos no princípio da soberania da vontade, proporcionando- se uma reorganização e reformulação da situação geradora da controvérsia. A liberdade das partes procurarem o instituto, já produz a sua primeira tendência de resolução , pois partiu delas a ideia de rever a causa que veio provocar o desajuste, possibilitando a autodeterminação de cada indivíduo.

Para a câmara Catarinense de Mediação e Arbitragem (SANTA CATARINA, 1998):

A mediação é um processo, não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias, por intermédio do qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual, que possibilite preservar relacionamento entre eles.

Acrescentam Sampaio e Braga Neto (2007, p. 19) sobre o assunto:

[...] a mediação é um método de resolução de controvérsias em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Com esse método pacífico tenta-se proporcionar momentos de criatividade para as partes possam analisar qual seria a melhor opção em face da relação existente, geradora da controvérsia.

Pode-se entender que a mediação é uma proposta de trabalho exercida por um terceiro imparcial e neutro, que deverá ser escolhido pelas partes, o chamado mediador, que oferece, segundo Vezzulla (2001), um ambiente propício para que os indivíduos envolvidos num conflito possam dialogar, assumindo uma conduta cooperativa e pacífica, auxiliando a descobrir os caminhos que podem conduzí-los a soluções de seus problemas.

Tem por objetivos, conforme Cachapuz (2006), o recolhimento do problema e o fato gerador da controvérsia, com a finalidade de buscar uma forma de solucionar ou transformar tal problema, que vise uma escolha intelectual das partes, por intermédio das técnicas do mediador, sem que nenhum dos envolvidos se considere culpado de alguma forma.

Recomenda-se que as partes envolvidas no processo de mediação tenham uma relação que se perdure no tempo e, conforme Calmon (2007, p. 122), “O que se quer, neste caso, é terminar com o conflito mas não com a relação, em que a solução heterocompositiva tornar-se-ia uma solução arriscada”, mantendo para as partes o controle e a responsabilidade sobre o resultado do acordo na solução do conflito.

A resolução do conflito por meio do instituto da mediação se concretiza na elaboração conjunta do termo final, manifestando-se por intermédio de um contrato, redigido pelo mediador, que deverá expor todos os compromissos assumidos pelas partes na transformação dos conflitos.

A partir do exposto acima, afirma-se que a natureza jurídica da mediação é contratual, pois sustenta Cachapuz (2006, p. 35) que “[...] é firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato”.

Braga Neto (1999 apud CACHAPUZ, 2006, p. 35) afirma sobre a natureza jurídica de produzir consequências jurídicas, extinguindo ou criando direitos, indo ao encontro de todas as características encontradas na constituição de um contrato.

O Projeto de Lei da Câmara n. 94/2002, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, existem dois tipos de mediação: a chamada mediação prévia e a mediação incidental (BRASIL, 2006b).

A mediação prévia está prevista do art. 29 ao 33, e conforme Sampaio e Braga Neto (2007, p. 130) “[...] é aquela realizada quando inexistente processo judicial”. Salienta-se que o requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias (art. 29, parágrafo único) (BRASIL, 2002b).

Poderá ser judicial ou extrajudicial (art. 29) e optando o interessado pela judicial, representado por advogado habilitado, apresentará seu pedido por meio de formulários padronizados ao Poder Judiciário, requerendo a realização da mediação prévia (art. 30).

Distribuído e recebido o requerimento ao mediador, este designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio

eficaz e idôneo de comunicação (art. 30, §§ 1º e 2º). E deverá conter, conforme o art. 30, § 3º, do referido projeto:

[...] a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tentando o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados (BRASIL, 2002b).

E ainda, não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação (art. 30, § 5º).

Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade e devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações (art. 31, caput e parágrafo único), podendo ser homologado o acordo judicialmente, transformando-se em título executivo extrajudicial (BRASIL, 2002b).

A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação (art. 32).

Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito (art. 33).

A mediação incidental está prevista do art. 34 ao 40, e será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: na ação de interdição, quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versa sobre direitos indisponíveis, na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóveis; na ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; na ação cautelar; quando na mediação prévia, realizada na formada seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação (art. 34, inciso I a IX) (BRASIL, 2002b).

A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo (art. 34, parágrafo único).

A distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil:

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no Art. 219 depois que for validamente citado (BRASIL, 1973).

Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso a respectiva decisão e a interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação (art. 35, §§ 1º e 2º) (BRASIL, 2002b).

A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial, salientando que as partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador (art. 36, *caput* e parágrafo único).

Conforme art. 37 e parágrafos do Projeto de Lei n. 94/2002:

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando preventivo o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Salienta-se que a hipótese de mediação inicial, ainda que haja pedido de liminar, antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação. Ainda, o valor pago a título de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo (art. 38, *caput* e parágrafo único) (BRASIL, 2002b).

Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade, que desenvolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, que havendo acordo e preenchida as formalidades legais, o juiz da causa homologará o acordo por sentença e se estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator ou frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial (arts. 39 e 40) (BRASIL, 2002b).

No capítulo seguinte tratar-se-á da incapacidade do nosso sistema penal em conter o crime e a violência, mediante a sua seletividade e ineficácia.

### 3. SISTEMA PENAL E (IR)RACIONALIDADE DA RESPOSTA

Em se tratando do sistema penal do Brasil, é possível confirmar atualmente que o mesmo encontra-se eivado de contradições, funcionando de forma irracional, contendo uma lógica própria, que não está em consonância com a realidade real das pessoas.

O sistema penal atua de forma parcial e iníqua, visto que facilmente se constata um perfil similar, daqueles que se submetem a este sistema.

Este perfil dos encarcerados se assemelha quanto às características sócio-econômico-políticas, posto que, após analisadas revelam se tratar da classe mais humilde da nossa sociedade.

Aqueles que se submetem ao sistema penal brasileiro são qualificados como marginais, pela sua condição social, recebendo este rótulo antes mesmo de nascerem, pelo simples fato de provirem da classe mais vulnerável de nossa sociedade.

Constata-se, então, que o sistema penal atua por meio de um processo seletivo, onde sua “clientela” é escolhida pelas características já comentadas, que se coadunam com a imagem correspondente à descrição fabricada pelos meios de comunicação de massa, que reforçam os estereótipos, excluindo dessa seleção aqueles que praticam outros tipos de crime, como o de colarinho branco e o de trânsito.

Na tentativa de legitimar o sistema penal, a fim de provar a sua racionalidade, utiliza-se de sofismas e falácias, passando a ideia de que sem ele, estaríamos envoltos num mar de sangue, em consequência da vingança penal.

Ainda, há aqueles que defendam o combate à violência e a criminalidade deve ser realizado com o aumento da repressão institucional-policial e o endurecimento das leis penas das leis penais, juntamente com a extensão do cerceamento da liberdade nas prisões já executadas.

Este discurso “maquiavélico” impede que se possa chegar ao objetivo de qualquer sociedade, que é o da paz pública.

Na verdade é que, em dias atuais, constata-se à deslegitimação do sistema punitivo, em função de sua irracionalidade.

Zaffaroni afirma que, a deslegitimação do sistema penal deve-se principalmente ao fato de não se encontrar o mesmo estruturalmente apto a cumprir as funções declaradas em seu discurso oficial, funções essas que pretendem justificar a sua existência e perpetuação.

Em inúmeras pesquisas sociológicas, provindas da Criminologia Crítica, mostram a ineficácia do sistema penal em conter os índices de criminalidade, muito menos, de evitar a

reincidência, por meio da prisão, mostrando-se ineficaz no seu maior objetivo, que é o de ressocializar.

Salienta-se, também, que a forma violenta com que se opera o sistema penal, corrobora para a sua deslegitimação.

Neste ponto, cabe aqui ressaltar os dizeres de Zaffaroni, que em uma linguagem metafórica, elucida o problema:

[...] Todos estamos na nave espacial terra, que leva passageiros de primeira, de segunda, de terceira classes e outros que vão no porão, misturados com a carga.

O otimismo alienado corresponde aos passageiros de primeira, que decidiram permanecer no salão de jogos por confiarem em que outros salvarão a nave, já que estão todos a bordo, mas, ao mesmo tempo, são capazes de lançar ao mar aqueles que tentem salvar a embarcação se nesta tentativa forem privados de alguns minutos de energia elétrica para seus jogos ou obrigados a não utilizarem alguns de seus flippers [...]

Sem dúvida, para neutralizar nossas afirmações não faltarão vozes que se acovardem e nos qualifiquem de “pessimistas” e, às vezes, de “utópicos” enquanto continuam brincando com seus fliperamas no salão de jogos. (ZAFFARONI, 2006)

A grande verdade é que o direito penal não foi feito para solucionar conflitos, dado que não permite que a vítima participe do sistema, não disponibilizando reparação do bem atingido, nem possibilita que o indivíduo que está em conflito com a lei possa se redimir perante a vítima.

Ainda, existe o problema de que a Polícia, Ministério Público, Judiciário, que integram o sistema, trabalham de forma isolada, atuando em estruturas independentes e voltadas para si mesmas. Não se verifica um trabalho em conjunto e harmônico, entre esses entes, onde cada um trabalha conforme preceitos próprios, sem uma real preocupação em resolver as celeumas externas, demonstrando um maior interesse em ampliar as suas estruturas.

Apregoa-se que estes entes, que se qualificam com a agência judicial, devem observar os limites impostos pelas garantias penais que, embasadas em princípios, não podem de forma alguma ser violadas.

Destarte:

O que se deve pretender - e fazer - é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e

a intensidade destas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios. (ZAFFARONI, 1991b, p. 235).

Assim, atribui-se a agência judicial, a função fundamental de conter a violência do sistema penal, por meio das garantias penais, nos casos submetidos a sua apreciação.

Com isso:

Da perspectiva de um discurso jurídico-penal pautado no realismo marginal, entende-se por garantias penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de 'mínima violação/máxima realização' dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo um 'padrão' - provisório, por ser progressivo e 'aberto', ou 'inacabado' - de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor). (ZAFFARONI, 1991b, p. 236).

Vale ressaltar que, existe uma enorme diferença entre os registros policiais e os dos tribunais. Essa diferença é o que os criminólogos chamam de "cifra negra".

Muñoz Conde ensina que:

Nem todo delito cometido é tipificado; nem todo delito tipificado é registrado; nem todo delito registrado é investigado pela Polícia; nem todo delito investigado é denunciado; a denúncia nem sempre termina em julgamento; o julgamento nem sempre termina em condenação (MUÑOZ, 1989. p. 47).

A criminalidade real é muito maior que aquela registrada oficialmente, sendo que a cifra negra é maior na criminalidade menos grave do que da criminalidade mais grave.

Para Arno Pilgran<sup>1</sup>, a ocorrência da cifra negra e da impunidade resulta de um mecanismo de filtragem que envolve o legislador, as vítimas, as testemunhas, a Polícia, o Ministério Público e os Tribunais, que elegem as ocorrências que devem ser definidas como crimes e as pessoas que devem ser identificadas como delinquentes e fazem com que o sistema penal se movimente apenas em determinados casos.

---

<sup>1</sup> Criminologia, cifra negra.. TrabalhosFeitos.com. Retirado 03, 2012, de <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Criminologia-Cifra-Negra/155856.html>> Acessado em: 26.Jun.2013.

Até hoje, ninguém conseguiu provar que o sistema penal protege as pessoas da violência, ou que ele é o único instrumento capaz de garantir tal proteção.

Em suma, o sistema penal é irracional, pois não cumpre com aquilo que se propõe, gerando inúmeras contradições.

### **3.1. Anacronia da Pena.**

Hoje, é possível afirmar que o nosso sistema penal tem como sua base a pena privativa de liberdade. Em tempos mais remotos, a privação da liberdade era o meio para se chegar a pena, que naquela época se atribuía a castigos corporais, morte, etc.

Sobre isso, explica Oliveira que:

A Lei Mosaica não mencionava uma única vez a pena detentiva de prisão. Se o "Pentateuco", não previa a pena de prisão, posteriormente as "Crônicas" e o "Livro de Jeremias", em muitas passagens, falavam em prisões, fossas e entraves, como medidas preventivas em que os acusados aguardavam o julgamento. É só no "Livro de Esdras", que, pela primeira vez, o aprisionamento é considerado pena. (OLIVEIRA, 1996, p. 44.)

A privação da liberdade só se consagrou como pena, sendo, portanto, o fim daquele que entrava em conflito com a lei, somente a partir do século XIX. Com isso, achava-se que o indivíduo infrator, conseguiria aumentar suas chances de “restauração”.

Embora, dizer, hoje, que a pena privativa de liberdade cumpre com essa função, de “restaurar” ou ressocializar o delinquente, seria o mesmo que fechar os olhos para a nossa realidade.

A partir de um questionamento feito por Roxin, em seu livro “Sentido e limites da pena estatal” (1982, p. 15), onde elabora a seguinte pergunta: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo conformando sua vida?”. Em consequência de uma melhor sociabilidade, delegamos ao Estado o poder de regular as normas sociais, usando o Direito Penal como *última ratio*, para a punição de condutas que afrontem os bens jurídicos mais relevantes.

Com isso, este poder punitivo do Estado, só encontra legitimidade quando o bem jurídico ofendido for de grande importância à sociedade, devendo ainda refletir a realidade social; o Direito Penal só pode intervir quando se mostrar imprescindível para a proteção dos cidadãos (BARROS, 2001, p. 69).



Contudo, diante da crueldade implícita da pena privativa de liberdade, e de sua anacronia, esta tem sido considerada um dos calcanhares de Aquiles da dogmática jurídica.

Constata-se que nossas penitenciárias são um verdadeiro depósito humano, onde as pessoas que ali estão, ficam sujeitas a condições precárias, em um ambiente de instalações insalubres e ultrapassadas, levando o encarcerado ao definhamento físico e mental.

É tão clara precariedade das nossas unidades prisionais, que o Superior Tribunal de Justiça vem concedendo indenizações por danos morais aos reclusos que permaneceram em condições desumanas, *in verbis*:

REsp 873039 MS 2006/0167518-5 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. [...] O Estado é responsável pela construção e administração do sistema penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridem as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles. [...] Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

Assim sendo, as unidades prisionais do sistema penal brasileiro acabam se tornando verdadeiras universidades do crime, dando razão a uma das célebres frases de Lyra:

"Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminosos" (apud LIMA E PERALLES: 1997, p. 223).

Neste mesmo diapasão, afirma César Barros Leal:

A prisão, em lugar de um instrumento de ressocialização, de educação para a liberdade, vem a ser, não importam os recursos materiais disponíveis, um meio

corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento no crime, onde os primários, os menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais intramuros, ou seja, assimilam, em maior ou menor grau, os usos, costume, hábitos e valores da massa carcerária, os ‘influxos deletérios’ de que nos fala João Farias Júnior, num fenômeno apelidado por Donald Clemmer de prisonization. (LEAL, 2001)

Sande Nascimento de Arruda ressalta um dos casos que geram a ineficácia da pena, ocorrido no Estado do Espírito Santo:

No Brasil, a situação do sistema carcerário é tão precária que no Estado do Espírito Santo chegaram a ser utilizados contêineres como celas, tendo em vista a superlotação do presídio. Tal fato ocorreu no município de Serra, Região Metropolitana de Vitória. A unidade prisional tinha capacidade para abrigar 144 presos, mas encontrava-se com 306 presos. Sem dúvida, os direitos e garantias individuais que o preso possui não foram respeitados. Dessa forma, os presos são literalmente tratados como objetos imprestáveis que jogamos em depósito, isto é, em contêineres. Afinal, para parte de uma sociedade alienada, o preso não passa de “lixo humano” (ARRUDA, 2011, p. 65).

Diante do que restou comentado, começa-se a entender os elevados índices de reincidência, vez que além das condições sub-humanas em que os reclusos são submetidos, o isolamento, a estigmatização e a submissão, gerados pela prisão, fazem com que o apenado não consiga se adaptar ao convívio social.

Em consequência disso, o ex-detento fica sujeito a praticar novos delitos, dado que ele próprio, em função da discriminação, ainda se vê como um criminoso, comprovando mais uma vez a ineficácia das penas privativas de liberdade.

Para BITENCOURT:

As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficácia da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica (BITENCOURT, 2001, p.163.)

Ainda, há de se ressaltar os efeitos da pena nas pessoas que são ligadas ao apenado, por uma dependência tanto econômica quanto afetiva.

Nesse sentido, atenta-se que o princípio de pessoalidade da pena é afrontado, já que é sabido que em qualquer nação civilizada do mundo, a pena não pode passar o apenado,

como afirma Rogério Lauria Tucci (2004, p. 302-303), um “postulado limitativo do *ius puniendi* do Estado”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, estabelece a seguinte norma:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Fica de forma explícita, que “ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco” (LUIZ, LUISI, 2002.p. 51).

Embora, o que acontece na realidade é que toda a família do apenado tem que suportar o estigma de uma condenação. O cônjuge tem que arcar sozinho com o sustento da família, que antes era compartilhado com o apenado. Os filhos menores têm que conviver com a dura realidade de ter um dos pais encarcerado, sendo apontado pela sociedade como o “filho de bandido”.

Raúl Eugenio Zaffaroni apregoa:

A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda a consequência da pena que afete a terceiros. [...] O §3.º do artigo 5.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “a pena não pode passar da pessoa do delincente” (ZAFFARONI, 2004. p.171).

Assim, fica claro que o art. 10, da Lei de Execução Penal (Lei federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984), em que declara que é dever do Estado dar assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir a prática do crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, não é alcançado pela pena privativa de liberdade.

Sendo assim, deve-se dizer que a pena privativa de liberdade não cumpre com o que se propõe. Fazendo com que os indivíduos que saem do encarceramento, se sintam excluídos pela sociedade, voltando a praticar delitos.

### 3.2 A participação da vítima no processo e nos efeitos da pena.

Entende-se, hoje, que a vítima, juntamente com o delito, o delinquente e o controle social, se caracteriza como o objeto da criminologia moderna. Existe atualmente uma preocupação, por parte dos doutrinadores e legisladores, em dar uma atenção maior à vítima, devido a importância que ela vem ganhando em nosso ordenamento jurídico.

Salienta-se que a percepção que se tinha da vítima foi se alterando no decorrer do tempo. Os estudos elaborados sobre a história da vítima, apontam que esta passou por três fases, em relação à civilização ocidental.

A primeira fase foi conhecida como idade de ouro, onde se dava muita importância à vítima, estimando-se a pacificação dos conflitos. Posteriormente, tivemos a neutralização da vítima, em função da responsabilização do Estado pelo conflito social. Com isso, a vítima acabou tendo a sua importância diminuída, passando a ter uma participação mais passiva e limitada, em relação ao conflito. A terceira fase inicia-se com um redescobrimento da vítima, passando o Estado a ter uma percepção mais humana da vítima.

A vítima é caracterizada pela pessoa – física ou jurídica – que sofre os danos tipificados na legislação penal, se tornando sujeito passivo mediato da conduta delituosa, cabendo ao Estado configurar como sujeito passivo genérico e imediato.

Para Oliveira, a vítima pode ser definida também como:

toda pessoa física ou jurídica e ente coletivo prejudicado por um ato ou omissão que constitua infração penal, levando-se em conta as referências feitas no conceito de crime pela criminologia (OLIVEIRA, 1999. p. 87)

Ainda, em uma definição mais detalhada sobre o conceito de vítima, a resolução 40/30 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 – 11 – 85, esclarece que:

Pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente, nos Estados – Membros, incluída a que prescreve o abuso de poder<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 – 11 – 85.

Em relação ao o papel que a vítima desenvolve hoje, Garcia Pablos Molina apud Valdenia Brito Monteiro (2002, p. 230) afirma que:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminologistas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: O Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual. A Criminologia tampouco tem mostrado sensibilidade pelos problemas da vítima do delito, pois centra seu interesse exclusivamente na pessoa do delinquente. O sistema legal define com precisão os direitos – o status – do infrator (acusado), sem que referidas garantias em favor do presumido responsável tenha lógico correlato uma preocupação semelhante pelos da vítima.

Observa-se que existe uma grande preocupação em relação à vítima, gerando uma série de debates sobre o tema. Em função disso, foi criada no Brasil a Sociedade Brasileira de Vitimologia.

Nota-se que toda essa atenção dada à vítima, pela doutrina contemporânea, não é compartilhada pelo nosso sistema processual penal. A vítima não tem o papel que deveria ter, sendo deixada quase sempre em segundo plano.

Assim, torna-se necessário descobrir qual é o real interesse da vítima, em relação ao dano sofrido. Se este interesse se substância na prisão do infrator, ou apenas com uma indenização, oriunda de um acordo entre as partes.

A maior parte dos doutrinadores, em relação ao assunto, afirma que o maior interesse da vítima é obter a justiça. Todavia, o conceito de justiça é muito abstrato, ainda mais quando proferido pelas vítimas, mediante a uma agressão.

Neste ponto, é interessante ressaltar o que relata Louk Hulsman (HULSMAN & CELIS, 1997. p. 117) que após sua experiência em alguns serviços de atendimento às vítimas, principalmente no Tribunal de Paris, a maioria das vítimas não menciona que espécie de repressão ou retribuição deseja, nem muito menos se quer reparação. Não demonstram também desejo de vingança, mas tão somente querem ser ouvidas, querem falar do seu prejuízo na esperança de, ao fazê-lo, cessar o que lhe incomoda, reencontrando a paz.

Mencionam-se, ainda, as vítimas que são indiferentes ao processo criminal, e que no decorrer do tempo, conseguem ver delito de outra forma, subtraindo as mágoas.

Neste sentido, a morosidade com que o sistema penal atua, faz com que, quando a matéria seja apresentada no tribunal, a percepção dos indivíduos relacionados seja outra, em relação à conduta ilícita.

Torna-se necessário, para uma justiça mais humanizada e eficaz, que se busquem alternativas que proporcionem uma maior participação da vítima e da comunidade jurídica.

É preciso fazer uma análise do delito praticado, em relação à vítima, para que a medida a ser tomada, traga satisfação a todos os envolvidos.

Por isso, imperioso se faz a participação direta da vítima no processo, para que se encontre a resposta mais satisfatória, em relação ao delito cometido.

Destarte, destacam-se alguns sistemas de reparação, entre eles o projeto inglês The Conventry Reparation, e o projeto alternativo alemão, que promovem o encontro entre a vítima e o autor do delito, em que se viabiliza a reparação aos seus danos e, consequentemente, promove-se a conscientização do agressor quanto às consequências do ato cometido (OLIVEIRA, Ana Sofia S., 1999: 151).

Observa-se que os nossos Juizados Especiais Criminais se assemelham aos sistemas supracitados, quando tentam promover a conciliação da vítima com o réu, evitando a apresentação de queixa ou denúncia posterior. É diploma legal em que “a vítima ocupa foros de cidadania, demonstrada pela cerca de onze vezes em que é mencionada” (PIEDEDE JÚNIOR, 1997. p. 98).

Quando se procura ressaltar os interesses da vítima, buscando medidas que as satisfação, sem focar-se exclusivamente na pretensão punitiva estatal, pode-se alcançar o conceito real de justiça, saindo desta justiça penal falida em que nos encontramos, que tem como base a repressão e a punição.

A satisfação da vítima pode ser encontrada tanto na reparação do dano, pelo delinquente, quanto numa eventual mediação, onde o infrator fica frente a frente com a vítima, na intenção de lhe gerar consciência do mal causado, fazendo com que a iniciativa da reparação parta do próprio infrator, não sendo apenas uma mera imposição do Estado, proporcionando a tão almejada ressocialização.

Com isso, fica claro que quando se trata a vítima como um ser humano concreto, não apenas como uma criação jurídica, é possível alcançar uma justiça penal mais sensível e humana.

Sem desrespeitar aos Direitos Fundamentais do réu, pode-se fazer muito mais para que a vítima tenha um tratamento digno, satisfazendo suas pretensões e interesses, mediante

uma justiça mais comunicativa, que proporcione uma interação entre a vítima e o delinquente que, mediante encontros, proporcionem resultados positivos.

### **3.3 Direito Penal Mínimo e MARC**

Na concepção de Marc Ancel, grande precursor da Nova Escola de Defesa Social, as penas devem ter um sentido mais humanizado, para que se tenha a ressocialização do preso, como seu objetivo final.

O antigo conceito de “Defesa Social” era embasado na vigorosa repressão das infrações cometidas por aqueles que, ao serem marginalizados pela própria sociedade, não conseguiam ter suas condutas consoantes com os demais “cidadãos de bem”.

Deste modo, pela proteção da sociedade, que naquela época, tinha-se como seus integrantes apenas os ditos cidadãos de bem, surge a teoria da Defesa Social, implicando na necessidade de retribuição do mal causado mediante penas/castigo, primando pela paz social.

Desde Beccaria, vem-se buscando dar um novo rumo ao direito penal, fazendo com que este se oriente por um caminho mais humanista, a fim de respeitar e garantir os direitos humanos, prevalecendo o ideal de reeducação do infrator.

Após a segunda guerra mundial, mediante a uma intensificação dos ideais humanistas e humanitários, essa corrente ganhou mais força, dando origem a fundação da Sociedade Internacional de Direito Penal tendo como seu presidente Filippo Gramatica.

Gramatica defendia uma teoria mais extremista, entendendo que a Nova Defesa Social seria substitutiva ao Direito Penal, não se integrando, portanto, ao mesmo.

No entanto, surge uma nova corrente moderada e reformista que coloca a Nova Defesa Social como a base do Direito Penal mínimo, defendendo o estado de direito, a legalidade e os direitos individuais.

Entre o extremismo de Gramatica e a corrente moderada reformista, foi elaborado, pela Sociedade Internacional de Direito Penal, um conjunto de regras fundamentais que, baseando-se nos conceitos da Nova Defesa Social, denominou-se “Programa-Mínimo”.

Marc Ancel, que redigiu o supramencionado Programa-Mínimo, publicou em 1954 a primeira edição de “A Nova Defesa Social”, que refletia o pensamento moderado em relação ao ideal extremista de Gramatica, fazendo com que a corrente moderada reformista prevalecesse.

Com isso, para se evitar os excessos na aplicação do Direito penal, inúmeros juristas defendem a teoria do direito penal mínimo, que a cada dia vem ganhando força na doutrina contemporânea, apesar de não ter previsão legal em nosso ordenamento jurídico.

Essa teoria, que se substancia nas garantias constitucionais e princípios do direito, que como é sabido, constitui o estado democrático de direito, visa recuperar a legitimidade do Direito Penal.

Seguidores desta teoria ressaltam a imprescindibilidade do Direito Penal como ultima *ratio*, onde o sistema penal deve ser usado de maneira mais equilibrada, se fazendo útil somente em conflitos estritamente necessários.

Neste sentido, Paulo Queiroz afirma que:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito (QUEIROZ, p. 74, 1999).

Atualmente, com as superlotações existentes em nossas penitenciárias, e as condições em que estas se encontram, pode-se dizer que além da liberdade, os detentos estão sendo privados de uma série de garantias fundamentais, que são inerentes a dignidade da pessoa humana.

Em relação a este ponto, Callegari consigna que:

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, *verbi gratia*; uma vez que no atual sistema prisional são frequentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem. (CALLEGARI, 1998, p. 478.).

Outra situação, que serve de argumento para aqueles que defendem a necessidade de um Direito Penal mínimo, são os casos em que um indivíduo é penalizado por condutas



irrisórias, atribuindo ao Poder Judiciário alguns processos que, além de gerar custos desnecessários, acabam “congestionando” a justiça, tornando-a lenta.

Assim, crimes que necessitam de uma maior atenção, citando como exemplo os de homicídio, ficam hibernando no Poder Judiciário, em decorrência de uma Avalanche de processos insignificantes.

Com isso, denota-se que, pela teoria do Direito Penal Mínimo, a execução da pena deve estar embasada em critério de racionalidade e utilidade, sem violar a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, a pena não pode ter um fim em si mesmo, ela tem uma função especial que é a de prevenir a ocorrência de novos delitos, podendo esta prevenção se dar em caráter geral ou especial.

#### 4. JUSTIÇA RSTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

Seguindo nesse sentido de minimizar o direito penal, colocando-o como última *ratio*, e dando atenção as garantias constitucionais dos detentos, sem deixar a vítima de lado, surge a ideia de Justiça restaurativa.

A Justiça restaurativa começa a ganhar consistência a partir da década de setenta. Devido aos movimentos descarcerizantes, que buscavam diminuir a intensidade do uso das penas privativas de liberdade, a aceitação desse modelo se deu principalmente na América do Norte.

Em alguns países, como Canadá e Nova Zelândia, que são considerados os berços desse movimento, valorização os modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos antigos<sup>3</sup>.

Já na década de noventa a ideia de ‘justiça restaurativa’ se sedimentava como uma alternativa ao sistema penal tradicional, dando espaço para que os interessados no caso pudessem participar de forma mais ativa na resolução do conflito.

Ressalta-se que a Organização das Nações Unidas – ONU recomenda, desde 1999, a adoção da Justiça Restaurativa pelos Estados Membros. Suas deliberações foram tomadas por meio do Conselho Econômico e Social, sendo formalizadas por intermédio de Resoluções: Resolução 1999/26 (de 26/07/1999), Resolução 2000/14 (de 27/07/2000) e a Resolução 2002/12 (24/07/2002).

Com o fito de reparar o dano causado às vítimas e à sociedade, a Justiça Restaurativa coloca a antiquada ideia de punição em segundo plano. Nesse sentido, ensina Leonardo Sica (2007) que:

A justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa projeta-se a proposta de promover entre os protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada “prática restaurativa (SICA, 2007, P.10).

Entretanto, ainda não podemos afirmar que a justiça restaurativa já possui um procedimento padrão a ser utilizado. “Mesmo após um pouco mais de vinte anos de

---

<sup>3</sup> MEDIAÇÃO PENAL – UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA -  
<<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos>

experiência e debates, não possui um conceito definido. O mais correto, frente a sua grande diversidade de orientações, práticas e fins, é considerá-la como um modelo eclodido”. Justiça restaurativa: da teoria à prática, Raffaella da Porciuncula Pallamolla, (2006, p. 53)

Sobre essa dificuldade conceitual da justiça restaurativa, Raffaella afirma que:

A despeito da dificuldade conceitual, existe algum consenso entre boa parte dos autores que trabalham o tema em torno da definição apresentada por Marshall. Segundo este autor, “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras.

Vale lembrar que o modelo de Justiça restaurativa pode existir tanto dentro do sistema penal quanto fora do próprio sistema. Na primeira forma, é feito um questionamento em referência a natureza pública do Direito penal, sem se situar fora dele. Com isso, apresenta-se uma solução intra-sistemática ao conflito. O segundo apresenta-se como forma ou modelo alternativo de solução de conflitos. Já em relação a segunda forma, esta apresenta a justiça restaurativa como uma alternativa de solução de conflito. Nesse sentido, a justiça restaurativa se aproxima de (ou integra) um outro direito<sup>4</sup>.

E é da forma de um modelo intra-sistêmico, que a justiça restaurativa é percebida no Brasil a partir de 2004, mediante a Secretaria de Reforma do Judiciário, “mas ainda são poucos os lugares onde ela se desenvolve. Alguns projetos pilotos têm sido instaurados no Brasil e vêm obtendo grande êxito no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (crimes de menor potencial ofensivo), da Infância e Juventude e, recentemente, no âmbito da violência doméstica”<sup>5</sup>.

Entre as concepções existentes dentro do modelo restaurativo (concepção do encontro, da reparação e da transformação), destaca-se para este trabalho a concepção do encontro.

Nas sábias palavras de Raffaella da Porciuncula (2009, p. 55):

---

%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI  
+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf> Acessado em: 26.Jun.2013.

<sup>4</sup> Justiça penal restaurativa- <<http://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa#ixzz2kKajqabn>> Acessado em: 26.Jun.2013.

<sup>5</sup> MEDIAÇÃO PENAL – UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA - <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>> Acessado em: 26.Jun.2013.

Esta concepção é a que a melhor expressa uma das ideais centrais do movimento, ao afirmar que a vítima, ofensor e outros interessados no caso de vem ter a oportunidade de encontrar-se em um local não tão formal e dominado por especialistas (advogados e juízes, por exemplo) como fóruns e tribunais.

Percebe-se que esta concepção traz consigo um caráter fortemente democrático, na medida em que os interessados no caso podem se manifestar de forma respeitosa, na tentativa de solucionar o conflito.

Para que se possa promover o diálogo entre os interessados, a mediação penal se apresenta como o melhor instrumento a ser utilizado. Visto como uma das ferramentas da justiça restaurativa, a mediação penal “visa possibilitar que” as partes “encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo”, onde se insere a figura de um terceiro imparcial, mediador. (RAFFAELLA, 2009, p. 107).

Acentua-se que, alguns autores fazem uma diferenciação entre Mediação e justiça restaurativa.

Para Miers, cada um dos conceitos é mais amplo e mais restrito do que o outro, simultaneamente. Assim, por um lado, a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação abrange conflitos em contextos outros que não o criminal. Por outro lado, a justiça restaurativa é mais ampla em relação às possíveis respostas que o ofensor pode dar, alcançadas por outros meios que não a mediação (trabalhados prestados com a finalidade de reparar a vítima, indenização determinadas pelo tribunal, etc.), ao passo que a mediação, na esfera criminal, refere-se apenas às relações entre vítima e ofensor que são estabelecidas na mediação” (2003, p. 51).

Contudo, conforme destaca Raffaella da Porciuncula, “esta diferenciação feita por Miers atualmente encontra alguns obstáculos, pois sabe-se que já existem programas de justiça restaurativa direcionados a outras áreas com conflitos que não a criminal, a exemplo de programas desenvolvidos no ambiente escolar ou empresarial. O que parece ficar cada vez mais evidente, é o possível entrelaçamento de aspectos da mediação e justiça restaurativa” (2009, p. 107).

Ainda, a referida autora ensina que:

De qualquer forma, não há dúvidas que uma das práticas restaurativas mais utilizadas é a mediação. Também é a pratica restaurativa que possui mais tempo de aplicação, excedendo, em alguns países, vinte anos de utilização.

Desta forma, no próximo tópico serão ressaltadas, com uma maior riqueza de detalhes, algumas peculiaridades da Mediação Penal.

#### 4.1 A Mediação Penal

Sabe-se que “a mediação penal, como ferramenta da justiça restaurativa, começou a ser praticada no Canadá e Estados Unidos – EUA –, nas décadas de setenta e oitenta, desenvolvendo-se, posteriormente, na Austrália, Nova Zelândia e em um número considerável de países europeus”<sup>6</sup>.

Contudo, é a partir da década de noventa que começam a surgir os primeiros textos jurídicos, maiormente nos países europeus face às recomendações da União Europeia, que enquadram e institucionalizam a prática da mediação como forma de pacificação de conflitos.

Entre essas recomendações, cita-se a Recomendação do Conselho da Europa n. R (99) 19 define a mediação penal como qualquer processo por meio do qual a vítima e o ofensor são habilitados, se livremente o consentirem, a participar ativamente na resolução de assuntos que surgem do delito com a ajuda de um terceiro imparcial (mediador). (CONSELHO DA EUROPA, 1999).

Para CERETTI e PISAPIA “apud” Leonardo Sica (2007, p.46), a mediação se define da seguinte forma:

A expressão mediação, do latim antigo *mediare* (dividir, abrir ao meio) é adaptada para indicar a finalidade de enfrentar dinamicamente uma situação problemática e abrir canais de comunicação bloqueados; refere-se a uma atividade em que uma parte terceira, neutra, ajuda dois ou mais sujeitos a compreender o motivo e a origem de um conflito, a confrontar os próprios pontos de vista e encontrar uma solução, sob a forma de reparação simbólica, mais do que material (CERETTI, 1997, p. 91-92).

A mediação visa restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a realização de um projeto de reorganização das relações, com resultado o mais satisfatório possível para todos (PISAPIA, 1997, p. 05).

---

<sup>6</sup> MEDIAÇÃO PENAL – UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA -  
 <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>> Acessado em: 26.Jun.2013.

Portanto, pode-se dizer que a mediação penal refere-se a um processo informal e flexível, sendo acrescentado a figura de um terceiro imparcial, denominado mediador, que atuará com o escopo de remanejar um conflito originado de um ato delituoso.

Dessa forma, o mediador, de modo imparcial, tenta aflorar nos mediados as suas qualidades, para que estes possam restabelecer o diálogo de forma compreensiva e respeitosa, buscando encontrar uma solução satisfatória para todos.

Ainda, devem-se ressaltar os casos em que exista a possibilidade de co-mediadores e de múltiplas vítimas e ofensores. Nesse sentido, Raffaella afirma que:

Também há que se mencionar a aparição recente de co-mediadores e de múltiplas vítimas e ofensores que participam do mesmo processo de mediação. Este último caso ocorre nas hipóteses quando ofensor ou vítima não podem ou não querem encontrar a outra parte, podendo-se formar grupos de vítimas que se encontrarão com um grupo de ofensores (que não são os mesmos que cometeram delitos contra aquelas vítimas), num processo substitutivo. Tal processo busca viabilizar o diálogo entre vítima, ofensores e eventualmente, representantes da comunidade, para falarem sobre as causas e consequências do delito. (2009, p. 108).

Como se pode perceber, na busca pelo restabelecimento do diálogo entre os mediados, a mediação penal mostra-se versátil em sua aplicação.

Percebe-se, assim, que diversamente daquela antiquada e ineficaz resposta que se apresenta à criminalidade, baseando-se no aumento de prisões, imposição de penas mais longas e com cumprimento mais rigoroso, resultando apenas no aumento do sofrimento dos apenados, “a mediação penal, como instrumento de uma Justiça Restauradora, é uma alternativa ao poder punitivo do Estado que, quando bem aplicada/desenvolvida, pode ajudar a diminuir o sofrimento das pessoas envolvidas no delito, reduzir a insegurança e o medo da sociedade”.

Em contraposição ao “procedimento da justiça penal tradicional, que respalda e reproduz os mitos sobre os delinquentes suspeitos através da seleção de informações dirigidas à acusação e à sentença, na mediação o enfoque está nas informações que possam aproximar as partes em conflito a fim de chegarem a um acordo.” (RAFFAELLA, 2009, p. 110).

A mediação penal pode ser constada em vários países, “tais como EUA, com 291 programas de” mediação penal, “Inglaterra, com 20 programas, Alemanha, com 293, Finlândia, com 130 programas de mediação penal. Na Áustria e na Nova Zelândia, há programas de” mediação penal “em todas as jurisdições. Em tais países, tem-se notado

excelentes resultados no índice de satisfação de vítimas e ofensores em relação a esse processo<sup>7</sup>”.

Em função do tempo de aplicação da mediação penal em determinados lugares, há diversas avaliações de este procedimento, que indicam altos índices de satisfação entre vítimas e ofensores. Na Inglaterra, 90% das vítimas se dizem satisfeitas com o resultado gerado pela mediação, nos EUA este índice aumenta para 90%.

Em relação ao ofensor, que se diz satisfeito com o resultado da mediação, o percentual é de 100% na Inglaterra e de 91% nos EUA. “Constata-se, também, que o temor da vítima, após a mediação, no que tange à revitimização por parte do ofensor, diminuiu cerca de 50%, em ambos os países, em relação às vítimas que não participaram da mediação.”

A eficácia da Mediação Penal, representada nos dados supracitados, consiste em um processo de recolocação da vítima no centro do debate do conflito em que se viu envolvida, dando liberdade para que esta possa participar das soluções, excluindo deste contexto qualquer vinculação ao retorno da vingança privada.

Os princípios humanistas inerentes ao processo de mediação penal fazem com que esta alternativa solidifique a ideia de que é possível restaurar em vez de punir.

Deve-se, também, acentuar o viés pedagógico da mediação penal, que ambiciona reforçar os sentimentos de democracia e solidariedade social.

Nesse sentido Leonardo Sica (2009, p.315) conceitua que:

Enfim, revendo as experiências de justiça restaurativa – que é moldura conceitual que viabiliza a mediação em matéria penal – no Canadá e Nova Zelândia, Oxhorn e Slakmon sugerem que esta pode oferecer um locus concreto para democratizar a justiça e construir cidadania civil de baixo para cima (Idem, p. 205); considerando-se que a mediação pode ser tida como a atividade que melhor realiza os princípios da justiça restaurativa, abre-se chance real para que a mediação assegure a continuidade democrática e integre a cidadania brasileira, preenchendo o vácuo democrático criado pelo atual sistema de justiça.

Cabe, neste momento, acentuar a diferenciação existente entre a mediação penal e a conciliação praticada em nossos juizados especiais criminais.

---

<sup>7</sup> Implementação da justiça restaurativa por meio dos juizados especiais criminais- <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/implementacao-da-justica-restaurativa-por-meio-dos-juizados-especiais-criminais>> Acessado em: 30.Jun.2013.

Na conciliação é o próprio juiz que atua como conciliador, visando, “sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação (que é um gênero) tanto a reparação ou composição civil como a transação penal (que são suas espécies). Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as infrações penais menos graves, que se denominam no nosso país "infrações penais de menor potencial ofensivo" (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis 9.099/1995 e 11.313/2006)<sup>8</sup>”.

Já na “mediação, considerada o melhor instrumento de resolução de conflitos da chamada Justiça restaurativa, objetiva-se a integração social de todos os envolvidos no problema, a preservação da liberdade, a ampliação dos espaços democráticos dentro da Justiça penal, redução do sentido aflitivo e retributivo da pena, superação da filosofia do castigo a todo preço, restauração do valor da norma violada, da paz jurídica e social etc.”

Apesar de todas essas vantagens proporcionadas pela mediação penal, verifica-se uma baixa aplicabilidade deste instituto em nosso país. Um dos motivos alegados, em relação ao desuso da mediação, seria a falta de instrumentos legislativos, que instiguem a prática deste instrumento de resolução de conflito.

Todavia, como se constatará no próximo tópico, existem dispositivos legais que abrem caminho para a mediação.

#### **4.2. A abertura do art. 105 do CP para implementação da Mediação Penal.**

Nas ações penais privadas, o ofendido dispõe de uma prerrogativa que não encontra nas ações penais públicas, que é o direito de poder oferecer o perdão do ofendido.

Contudo, conforme esclarece Ruth Oliveira<sup>9</sup>:

Isso não significa dizer que o delito vai ficar na impunidade e que esse exemplo dará margens para que outros crimes aconteçam. Logo, esse perdão penal não deve ser entendido como sinônimo de impunidade, descaso ou benevolência, mas sim, do acatamento de princípios penais democráticos que entrelaçam num todo com as exigências básicas dos direitos fundamentais da cidadania.

---

<sup>8</sup> Justiça penal restaurativa - <<http://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa#ixzz2kKVzCIKc>> Acessado em: 30.Jun.2013.



Percebe-se, então, que nesses casos busca-se respeitar o direito do ofendido que, motivados por importâncias de foro íntimo, não tem mais interesse em prosseguir com a ação.

Recorda-se, ainda, que o perdão do ofendido, além de estar vinculado à ação penal privada exclusiva, é ato bilateral e depende da aceitação do querelado. Na recusa deste, o processo segue normalmente.

Admite-se essa aceitação tanto na forma expressa, quanto tácita, ocasião que ocorre quando o ofensor, após três dias da ciência do perdão, não se manifesta de forma contrária.

Por ser um ato bilateral, o ofensor poderá recusar ao perdão do ofendido, mediante o interesse de provar sua inocência. Portanto, a concessão do perdão por si só não basta, sendo necessário que este seja aceito.

Nesse sentido, observa-se uma dessemelhança em relação ao perdão judicial, que apresentando como uma faculdade do magistrado, devendo ser manifestado em sentença de mérito, independentemente de aceitação do ofensor.

Assim, pode-se dizer que no perdão judicial ocorre a renúncia do Estado ao seu direito de punir, enquanto que no perdão do ofendido ocorre a renúncia do particular ao seu direito de ação, considerando que a renúncia não é exatamente ao exercício do direito de ação mediante a propositura da ação penal (hipótese onde temos a renúncia ao direito de queixa), mas sim ao prosseguimento de uma ação penal privada já ajuizada e em curso.

Percebe-se que, entre as diversas funções sociais que norteiam os referidos institutos, assinala-se a função de se evitar a segregação social, que se faz presente em ambos.

Essa função tem o escopo de evitar a dessocialização do indivíduo quando o perdão for aplicado, tanto pelo magistrado (perdão judicial) quanto pelo ofendido (perdão do ofendido). Por isso, não cabe qualificar o perdão como uma medida ressocializadora, pois todos os agentes que possuem condições de serem beneficiados com a aplicação do perdão do ofendido, ou judicial, não precisam ser ressocializados. Afinal, a intenção desses institutos é afastar o agente do delito da prisão, evitando assim sua segregação social<sup>10</sup>.

Conforme foi ressaltado no tópico 2.1, deste trabalho, a pena privativa de liberdade não ressocializa ninguém. As funções da pena, defendidas pela criminologia tradicional, se pautando no poder ressocializador e preventivo deste instrumento, mostraram-

---

<sup>9</sup> Perdoar ou renunciar, eis a questão - < <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3619794>> Acessado em: 30.Jun.2013.

<sup>10</sup> O perdão judicial no sistema penal brasileiro - <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k214296.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214296.pdf)> Acessado em: 30.Jun.2013.

se não passar de sofismas. Muitos presidiários sofrem mais nas prisões, não vivem dignamente e acabam se degenerando, voltando a praticar outros delitos. E quando saem da prisão, ainda tem o preconceito social, pois o ter cumprido sua pena, o indivíduo fica estigmatizado.

Nesse diapasão, a função de se evitar a segregação social mostra sua importância, já que esta função tem a intenção de não “dessocializar” o indivíduo que já tenha obtido o perdão do ofendido.

Edwin M. Lemert ensina que:

A reação ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um *commitment to deviance*, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu. (LEMERT. p. 90).

O perdão do ofendido tem sua fundamentação legal dada pelo artigo 105 do Código Penal, que se funda nos seguintes termos:

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Logo em seguida, o artigo 106 dispõe que:

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - se o querelado o recusa, não produz efeito. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Do dispositivo legal supracitado, fica claro que o perdão do ofendido não será admissível depois que a sentença condenatória transitar em julgado. Isto não significa que o perdão se torna inadmissível a partir da publicação da sentença, pois ainda deve-se respeitar os prazos recursais para que, tão somente, se finalize a possibilidade de perdoar o acusado. Anota-se, com isso, que mesmo após a prolação e publicação da sentença, ainda pode o ofendido perdoar o réu.

Afirma-se, então, que o perdão do ofendido constitui-se na renúncia deste em relação ao seu direito de prosseguir com a ação, permitindo que o acusado se mantenha livre do cárcere, preservando sua vida regressa de indivíduo primário, exercendo assim uma função social nitidamente socializadora.

Com isso, fica clara a abertura que o art. 105 do CP dá ao instituto da mediação penal, na medida em que faculta ao ofendido a possibilidade de conceder o seu perdão ao ofensor. Visto que dentro de uma concepção garantista, atentando para os princípios penais da fragmentariedade, intervenção mínima e humanidade, advindos da doutrina do direito penal mínimo, deve-se entender que tal dispositivo, ao estabelecer a possibilidade do perdão, incentiva o entendimento entre as partes, desprezando uma medida punitiva ao ofensor.

Destarte, cabe ao poder judiciário garantir a instrumentalização deste artigo, por meio da mediação penal, com fim de se alcançar o entendimento entre as partes. Ou seja, subentende-se que o ato de perdoar o ofensor é uma faculdade que só cabe ao ofendido, sendo que o processo de mediação, meio pelo qual este manifestará a sua decisão, é um direito subjetivo que lhe assiste.

#### **4.3. Procedimento possível**

Conforme indicado no título desta produção científica, busca-se a implementação da mediação penal por meio do art. 105 do CP. Este dispositivo legal, como já foi visto, garante a faculdade do ofendido em conceder o seu perdão ao ofensor, nos crimes em que se procedem mediante queixa.

Essa faculdade é disposta ao ofendido, por este ser o titular da ação, dado que, os crimes mediante queixa ficam vinculados à ação penal privada, §2º, art.100 do CP:

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

Portanto, com base nos art. 105 CP, entende-se que a aplicabilidade da mediação penal pode se dar com o início do processo criminal, ressaltando que não há nenhum impedimento para que a mediação penal inicie-se logo após o delito, por meio de outras instituições (polícia, associações de moradores, centros comunitários e etc.)

Outrossim, mediante a instauração de um processo criminal, poderá o magistrado indicar aos envolvidos os serviços de mediação, onde, um terceiro imparcial, possuidor de conhecimentos técnicos em mediação, atuará como um facilitador, contribuindo para que o ofendido possa ter condições de decidir em relação ao perdão do ofensor.

Assim, para que se iniciasse o processo de mediação penal, em relação aos crimes mediante queixa, percebe-se que o caso não precisou sair do judiciário, e tão pouco se violou o rito processual. Vez que o magistrado continuará a desenvolver as demais fases processuais.

Após as partes consentirem em participar do processo de mediação, cabe ao mediador iniciar a pré-mediação, verificando se a vítima não sofrerá vitimação secundária, decorrente do encontro com o infrator.

Posteriormente, sob a supervisão do mediador, os envolvidos expõem a sua versão dos fatos, expressando seus sentimentos e emoções. Neste momento, busca-se sensibilizar o ofensor, fazendo com que este compreenda os impactos físicos, emocionais e financeiros, sofridos pela vítima, em razão do delito, tendo a possibilidade de repará-los.

Com relação à vítima, esta tem a oportunidade de conhecer e perceber as motivações e circunstâncias que levaram o agente à prática do delito, possibilitando com que esta possa ultrapassar receios e apaziguar eventuais sentimentos de raiva.

Para se atingir esses objetivos, é preciso entender que cada caso exige um determinado tempo, sendo que na maioria das vezes devem-se realizar várias sessões de mediação.

Apesar disso, a duração da mediação está vinculada ao prazo que o ofendido tem, para manifestar o seu perdão, conforme o §2º do art. 106 do CP.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da mediação como um instrumento do perdão, disposto no art. 105 do Código Penal.

Conforme foi tratado no presente estudo, vem crescendo o interesse da sociedade, em relação aos meios alternativos de resolução de conflito. Nesse sentido, os institutos que mais se destacam são o da conciliação, da arbitragem e da mediação.

Esses métodos alternativos de resolução de conflito comungam de uma característica principal, a presença de um terceiro imparcial que contribui para que as partes possam chegar a uma solução que seja mais satisfatória a ambas, sem ter que sofrer com a morosidade do poder judiciário.

No entanto, dentre esses métodos mencionados, a mediação, mais especificadamente a mediação penal, surgiu como o instrumento mais indicado para o tema proposto, qual seja o de garantir a aplicabilidade do art. 105 do CP, uma vez que tal dispositivo visa à paz social, por meio do perdão do ofendido.

Percebe-se que as tentativas conciliatórias efetuadas, tanto num estágio pré-processual como dentro do processo, são praticamente impostas às partes, visando uma alta porcentagem de acordos, em prol do esgotamento da pauta dos magistrados.

Contudo, será que se poderia afirmar que a simples conversão da pena em reparação de danos satisfaz à vítima e resolve verdadeiramente o conflito? Conforme foi comentado alhures, é necessário que haja o entendimento entre os envolvidos, sendo a mediação penal, por ter essa característica de buscar o entendimento entre as partes, o instrumento mais eficaz de solução de conflitos sociais.

Demonstrou-se, também, que, por meio do art. 105 do CP, existe a possibilidade de se trabalhar a mediação dentro do processo criminal, considerando que este instituto se define como um direito subjetivo do ofendido, em relação a sua faculdade de conceder o seu perdão ao ofensor.

A Mediação Penal, por outro lado, permite ao ofensor, compreender as causas e efeitos de seu comportamento, reconhecer sua capacidade de responsabilizar-se, sendo-lhe oportunizado a sua participar, de forma efetiva, na resolução do conflito.

Salienta-se que os candidatos a mediadores podem ser oriundos de diversas áreas, desde que passem por um treinamento apropriado, dando origem a uma equipe multidisciplinar, formada por psicólogos, agentes comunitários, professores, assistentes

sociais, entre outros profissionais da área humanitária, podem colaborar na busca por uma solução adequada para o conflito.

Forçoso se faz compreender que a mediação penal, considerada uma ferramenta da justiça restaurativa, alargar os propósitos do ordenamento jurídico, possibilita o exercício da cidadania e a efetivação do Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere à instrumentalização do princípio da dignidade humana.

Pretende-se, com este estudo, estimular o uso da mediação penal, dentro do processo criminal, em relação aos crimes que se procedem mediante queixa, com base no art. 105 do CP.

A proposta apresentada neste trabalho talvez possa contribuir para uma mudança de paradigma, dentro do atual sistema punitivo, podendo suprir, de forma mais humana, o anseio de Justiça da vítima.

A presente pesquisa não se propõe, de forma alguma, a esgotar o tema estudado, mas sim, abrir caminho para exames mais aprofundados sobre o assunto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. **Perdão Judicial**. Del Rey, 2004.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro: a ineficiência, as mazelas e o descaso presente nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. *Revista Visão Jurídica*. São Paulo: 59, abril de 2011.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal: tomo II. 2.** Ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão - causas e alternativas*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: *Vade Mecum*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. In: *Vade Mecum*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto Lei n. 2.848, de 7 dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 29 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em 25 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. STJ - REsp 873039 / MS RECURSO ESPECIAL 2006/0167518-5. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/619430/STJ-REsp-873039-MS-RECURSO-ESPECIAL-2006-0167518-5>> Acesso em: 26.Jun.2013.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Lex, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da conciliação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. IBCrim, nº 70, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Lei 12.403 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José AntonioCardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, Separação e Mediação uma Visão Psicojurídica. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991.

CRIMINOLOGIA, cifra negra.. TrabalhosFeitos.com. Retirado 03, 2012, de <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Criminologia-Cifra-Negra/155856.html>> Acessado em: 26.Jun.2013.

CRUZ, Diogo Tebet da. **Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 68, set./out., p. 214 – 261, 2007.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, **legalidade e interpretação da lei penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 67, jul./ago., p. 212 – 232, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRUNPSUN, Haim. **Mediação familiar: omediador e a sepearação de casais com filhos**. São Paulo: LTr, 2000.

JUSTIÇA PENAL RESTAURATIVA - <<http://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa#ixzz2kKajqabn>> Acessado em: 27.JuL.2013.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIEBMAN, Henrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 1985. vol. I

LUIZ, Luisi, Os princípios constitucionais penais. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. v. 2.



\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **A reinvenção da tradição do uso da mediação.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, 2004

MOORE, Christopher. El Proceso de Mediación: Métodos prácticos para La resolución de conflictos. Buenos Aires: Granica, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Cf. Notas sobre o Problema da “Efetividade do Processo”, AJURIS, nº 29, 1983.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares – comentários à lei nº 12.403/11.** In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ed. 69. Ago-Set/2011. Porto Alegre: Editora Síntese, 2011.

MUÑOZ, Conde. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2009.

OLIVEIRA, Maria Odelete de. **Prisão: um paradoxo.** 2. ed. revista e ampliada. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1996.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** IBCCRIM, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico.** IBCCrim, nº 74, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito.** 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO DA EUROPA - <[http:// www.gral.mj.pt](http://www.gral.mj.pt)> Acessado em: 04.Jun.2013.

ROCHA, César Asfor, **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROMANI, Ana María. Saavedra, Víctor Abba. Mediación: Por qué y para qué: Causas y efectos. Buenos Aires: 2009.

ROQUE, Sebastião José. Arbitragem: a solução viável. São Paulo: Ícone, 1997.

ROULAND, Norbert. Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. 1. ed. – São Paulo: Brasiliense, 2007.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993.

SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz**. São Paulo: Ed. RT. 1978.

SANTA CATARINA, Câmara Catarinense de mediação e arbitragem. **Código de Ética para Mediadores**. Florianópolis: CCMA. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CHITTÓ GAUER, Ruth Maria (Org.) Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes. Mediare: um guia prático para mediadores. Rio de Janeiro: GZ ed., 3ª ed., ver., atual., e ampl., 2010.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIX, Jean François. Dinâmica da Mediação. Tradução: Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade**. 1ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. In ANDRADE, Mauro Fonseca, *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 25ª ed. São Paulo: Leud, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol II. 45a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no Direito Brasileiro*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Processo Cautelar**. *Revista Dialética de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 23, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo, apud DESTEFENNI, Marcos, **Curso de Processo Civil, vol. 1: processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2007.